

## University of Groningen

### Poging

Altena, J.G.H.; Geelhoed, Willem

*Published in:*  
 Delikt en Delinkwent

**IMPORTANT NOTE:** You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

*Document Version*  
 Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
 2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

Altena, J. G. H., & Geelhoed, W. (2017). Poging: deugdelijkheid en deelneming. *Delikt en Delinkwent*, 2017(6), 467-480. [DD 2017/45].

#### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

#### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

**Poging: deugdelijkheid en deelneming<sup>2</sup>**

DD 2017/45

**45.1 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2761, AAe AA20170126, m.nt. J.M. ten Voorde**

“3.2.3 Voor de vraag of in een geval als het onderhavige de tenlastegelegde poging tot (kinder) doodslag kan worden bewezen, is van belang of is gehandeld “ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf” op de grond dat de in de tenlastelegging omschreven en mitsdien te bewijzen gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf (vgl. HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52). Anders dan waarvan het Hof kennelijk is uitgegaan, doet de enkele omstandigheid dat onzekerheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden, niet af aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan “ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf” in de hiervoor bedoelde zin. Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rechter aannemelijk acht dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen.”

**45.2 HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:579**

“2.4.1. Het Hof heeft een poging tot het plegen van het misdrijf van art. 248a Sr bewezen-verklaard. Blijkens de bewijsvoering heeft het Hof onder meer vastgesteld dat

- de verdachte op 10 juni 2011 via een bericht op de webpagina Hyves in de contactgroep Ponypark Citysite, die was bedoeld voor kinderen tot twaalf jaren, aan de tienjarige [betrokkene 1] heeft gevraagd of zij wel eens een piemel had gezien en of zij daar wel eens aan zou willen zitten;
- de verdachte later op diezelfde dag in een chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] heeft gevraagd om wat foto's van zichzelf te maken waarbij zij een beetje met haar beentjes wijd moest gaan zitten en een strak hemdje aan moest doen zodat de verdachte haar tietjes een beetje zou zien en hem vervolgens die foto's toe te sturen, waarvoor de verdachte een geldbedrag van € 100,- in het vooruitzicht heeft gesteld;
- op het moment dat de verdachte laatstgenoemde vragen stelde, de vader van [betrokkene 1] achter de computer zat en zich uitgaf voor [betrokkene 1].

2.4.2. Gelet op deze vaststellingen geeft het kennelijke oordeel van het Hof dat de bewezenverklarde gedragingen van de verdachte een strafbare poging opleveren omdat zij naar de uiterlijke verschijningsvorm zijn gericht op de voltooiing van het delict dat bestaat in het opzettelijk bewegen van een persoon waarvan de verdachte redelijkerwijs moest vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet had bereikt, tot het plegen van on-tuchtige handelingen en dat die gedragingen dus moeten worden aangemerkt als een begin van uitvoering van het voorgenomen misdrijf van art. 248a Sr, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is dat oordeel ook toereikend gemotiveerd. Daarbij wordt mede in aanmerking genomen het korte tijdsverloop en het nauwe verband tussen het bericht van de

1 *Universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, respectievelijk universitair docent straf- en strafprocesrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.*

2 Citeerwijze: J.G.H. Altena & W. Geelhoed, 'Poging: deugdelijkheid en deelneming', DD 2017/45.

verdachte op de webpagina Hyves aan de tienjarige [betrokkene 1] en het vervolgens door hem gevoerde chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] met haar vader onder haar naam.”

#### 45.3 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763

“2.3 Het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte [slachtoffer] met kracht met een mes in de buikstreek heeft gestoken. Daaruit heeft het Hof afgeleid dat de verdachte voorwaardelijk opzet op de dood van [slachtoffer] had, nu het met kracht met een mes steken in de buikstreek, waar zich vitale organen bevinden, een aanmerkelijke kans op de dood oplevert en de verdachte die kans bewust heeft aanvaard. Dat oordeel getuigt niet van een onjuiste rechtsopvatting en is niet onbegrijpelijk. De enkele omstandigheid dat – naar ten verwere is aangevoerd – de toegebrachte verwonding nadien niet levensbedreigend bleek te zijn omdat [slachtoffer] op het moment van steken een steekwerend vest droeg, leidt niet tot een ander oordeel, reeds omdat het Hof heeft vastgesteld dat de verdachte met zodanige kracht heeft gestoken dat het steekwerende vest door de messteek is doorboord. Overigens is – gelet op het (toekomstgerichte) karakter van een poging – zo’n bijzondere omstandigheid als het dragen van een steekwerend vest niet onverenigbaar met de voor een poging toereikende vaststelling dat het met kracht steken van een mes in de buikstreek normaal gesproken een aanmerkelijke kans op de dood doet ontstaan.”

#### 45.4 HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2075

“2.3. Het Hof heeft overwogen dat de in de tenlastelegging en bewezenverklaring omschreven stuurbewegingen van de verdachte de door het Hof onder (l) en (m) omschreven stuurbewegingen zijn. Uit de bewijsvoering kan het in de bewezenverklaring omschreven opzet van de verdachte niet zonder meer worden afgeleid, mede in aanmerking genomen dat het Hof in zijn nadere bewijsoverweging ten aanzien van de onder (l) genoemde stuurbeweging niets heeft vastgesteld waaruit kan volgen dat en in welke mate een ongeval met dodelijke afloop waarschijnlijk was, terwijl dit evenmin zonder meer kan volgen uit de ten aanzien van de onder (m) genoemde stuurbeweging vastgestelde omstandigheden waaronder de auto van de verdachte in aanraking is gekomen met het dienstvoertuig van [verbalisant 1] en [verbalisant 2]. De bewezenverklaring is in zoverre ontoereikend gemotiveerd.”

#### 45.5 HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2776

“2.3. De klacht berust kennelijk op de opvatting dat geen sprake kan zijn van een poging tot het dwingen tot afgifte van enig goed als bedoeld in art. 317 Sr, indien het goed op het moment van de uitvoeringshandeling van de poging (nog) niet tot het vermogen van het slachtoffer behoort en deze daarover (nog) geen beschikkingsmacht heeft. Die opvatting is echter in haar algemeenheid onjuist.”

#### 45.6 HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:60

“2.3. Bij de beoordeling van het middel moet het volgende worden vooropgesteld. Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg – zoals hier de dood – is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de

koop toe heeft genomen). Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het – behoudens contra-indicaties – niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard (vgl. HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552).

Ook zeer gevaarlijke gedragingen in het verkeer kunnen onder omstandigheden (poging tot) doodslag opleveren, met dien verstande dat in een geval waarin de gebezigde bewijsmiddelen nopen tot de gevolgtrekking dat de verdachte door zijn handelwijze ook zelf aanmerkelijk levensgevaar heeft gelopen, de rechter in zijn oordeel dient te betrekken dat – behoudens aanwijzingen voor het tegendeel – naar ervaringsregelen niet waarschijnlijk is dat de verdachte de aanmerkelijke kans dat een frontale botsing met een tegemoetkomende auto zal plaatsvinden, en hij als gevolg van zijn gedraging zelf het leven zal verliezen, eveneens op de koop toe neemt (vgl. HR 15 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZD0139, *NJ* 1997/199).

2.4. Gelet op de door het Hof gebezigde bewijsvoering waaronder de verklaring van de verdachte dat hij “met “knal die scotoe keihard” bedoelde (...) dat hij ([betrokkene 2]) de politie keihard moest aanrijden”, getuigt het oordeel van het Hof dat het gedrag van [betrokkene 2], uitgevoerd op aanwijzing van de verdachte, naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op de dood van de inzittenden van de politieauto dat de verdachte in de samenwerking met de mededader de aanmerkelijke kans op het intreden van de dood als gevolg van die handeling heeft aanvaard, niet van een onjuiste rechtsopvatting en is het toereikend gemotiveerd.”

#### 45.7 HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:421

“4.3. Aan de verwerping door het Hof van het beroep op vrijwillige terugtred ligt het oordeel ten grondslag dat geen plaats is voor vrijwillige terugtred als bedoeld in art. 46b Sr, indien sprake is van een zogenoemde voltooide poging. Die opvatting is onjuist. Bij vrijwillige terugtred gaat het om het misdrijf waarop de gedragingen van de verdachte waren gericht. Het gaat niet erom of de verdachte vrijwillig is teruggetreden voordat sprake is van een strafbare poging, maar of hij is teruggetreden voordat sprake is van een voltooid misdrijf. In geval van een voltooide poging is derhalve vrijwillige terugtred in de zin van art. 46b Sr niet reeds in zijn algemeenheid uitgesloten. Of gedragingen van de verdachte toereikend zijn om de gevolgtrekking te wettigen dat het misdrijf niet is voltooid ten gevolge van omstandigheden die van zijn wil onafhankelijk zijn, hangt – mede gelet op de aard van het misdrijf – af van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij verdient opmerking dat voor het aannemen van vrijwillige terugtred in geval van een voltooide poging veelal een zodanig optreden van de verdachte is vereist dat dit naar aard en tijdstip geschikt is het intreden van het gevolg te beletten (vgl. HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, *NJ* 2007/29).

4.4. Hoewel het middel terecht klaagt dat de overwegingen van het Hof blijk geven van een onjuiste opvatting omtrent het begrip ‘vrijwillige terugtred’ als bedoeld in art. 46b Sr, leidt het niet tot cassatie. Blijkens hetgeen onder 4.2.2 is weergegeven is immers aan het beroep op vrijwillige terugtred slechts ten grondslag gelegd dat “de plannen zijn afgeblazen”. Nu in dat verband geen feiten of omstandigheden zijn gesteld waaruit bijvoorbeeld volgt dat de verdachte zodanig is opgetreden dat dit optreden naar aard en tijdstip geschikt was het intreden van het gevolg te beletten, is het aangevoerde ontoereikend voor het slagen van het verweer.”

## 1. Inleiding

In een reeks arresten geeft de Hoge Raad antwoord op verschillende vragen die spelen bij het leerstuk van de strafbare poging. Diverse aspecten van de pogingsleer komen voorbij. In het onderstaande geven we enige reflectie op de soms moeilijk te interpreteren jurisprudentie.

Een moeilijke en klassieke kwestie betreft de deugdelijkheid van de poging (paragraaf 2). Deze heeft in de huidige pogingsleer geen eenduidige inbedding: in de arresten van de Hoge Raad van het afgelopen half jaar komt de deugdelijkheid van de poging soms aan de orde bij het criterium begin van uitvoering, soms bij het voornemen (bij de vraag of het handelen een aanmerkelijke kans op het gevolg in het leven riep, zoals vereist bij voorwaardelijk opzet), en een enkele keer lijkt het als een losse voorwaarde te worden besproken. De plaats waar de deugdelijkheid aan de orde komt wordt in de onderhavige arresten vooral bepaald door de wijze waarop het cassatiemiddel is ingestoken. Hoewel dat op zichzelf wel begrijpelijk is, zien wij in de arresten aanleiding om wat nader te reflecteren op de plaats van de absoluut ondeugdelijke poging in het pogingsleerstuk. In deze bijdrage willen we een aanzet doen tot discussie door voor te stellen dat de criteria van begin van uitvoering en het voornemen zich niet goed lenen voor een beoordeling van de deugdelijkheid van de poging. Onze suggestie is daarom om de deugdelijkheid van de poging, net als in het Duitse recht, te scheiden van die twee criteria. Indien de gedraging reeds bij aanvang onmogelijk tot een voltooid misdrijf kan leiden, moet onzes inziens geen poging worden aangenomen, zelfs al zou kunnen worden vastgesteld dat er sprake is van een voornemen dat zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard. Op grond van het huidige artikel 45 Sr zou dit al mogelijk zijn door te stellen dat in een dergelijk geval niet voldaan is aan het misdrijfvereiste.

Behalve de (on)deugdelijkheid van de poging bespreken we de complicaties die zich voordoen wanneer poging en deelneming worden gecombineerd, waarbij ook de vrijwillige terugtred een rol speelt (paragraaf 3). Met name de stapeling van subjectieve vereisten die besloten liggen in zowel de poging, de deelneming als in de tenlastegelegde dodelijke delicten, zorgt voor problemen.

## 2. De plaats van (on)deugdelijkheid in de pogingsleer

### 2.1 *Absolute ondeugdelijkheid en ‘begin van uitvoering’*

De deugdelijkheid van de poging stond onder andere centraal in het arrest HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2761 (hierboven onder 45.1), waar het om bijzonder treurige feiten ging: de verdachte werd vervolgd voor het doden van twee pasgeboren kinderen waarvan zij de moeder was. Omdat onduidelijk bleef of de kinderen wel levend ter wereld waren gekomen, sprak de rechtbank de verdachte vrij en legde het OM in hoger beroep een poging tot (kinder-)doodslag ten laste. Het hof overwoog dat het voor dat feit van overwegend belang is of de baby's geleefd hebben toen zij ter wereld kwamen. Het oordeelde dat daarover niets met voldoende zekerheid was vast te stellen, en sprak de verdachte vrij. De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof. Voor het bewijs van het tenlastegelegde is blijkens de geciteerde passage volgens de Hoge Raad

“van belang of is gehandeld ‘ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf’ op de grond dat de in de tenlastelegging omschreven en mitsdien te bewijzen gedragingen naar hun uiterlijke verschijningsvorm moeten worden beschouwd als te zijn gericht op de voltooiing van dat misdrijf (vgl. HR 24 oktober 1978, ECLI:NL:HR:1978:AC6373, NJ 1979/52). Anders dan waarvan

het Hof kennelijk is uitgegaan, doet de enkele omstandigheid dat onzekerheid bestaat omtrent het antwoord op de vraag of de baby's tijdens of kort na de geboorte leefden, niet af aan de mogelijkheid dat de aan de verdachte tenlastegelegde gedragingen zijn begaan 'ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf' in de hiervoor bedoelde zin. Van die mogelijkheid is echter geen sprake indien de rechter aannemelijk acht dat de baby's dood ter wereld zijn gekomen."

Ten Voorde leest in deze overwegingen van de Hoge Raad dat de kwestie van de absolute ondeugdelijkheid van de poging moet worden geplaatst in het criterium van het begin van uitvoering, volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad uitgelegd als het vereiste dat de gedraging van de verdachte naar haar uiterlijke verschijningsvorm beschouwd moet zijn gericht op de voltooiing van het misdrijf. Ter onderbouwing van die uitleg verwijst Ten Voorde naar een passage in De Hullu, waar deze stelt:

"Een marginale positie voor de ondeugdelijke poging past ook bij het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm: ondeugdelijkheid tast immers meestal de uiterlijke verschijningsvorm niet aan."<sup>3</sup>

Deze opvatting vindt bovendien steun in de Memorie van Toelichting op artikel 45 Sr. Ten aanzien van de deugdelijkheid van het object wordt daarin opgemerkt dat indien voor de strafbaarheid van een feit de aanwezigheid van een bepaald object is vereist, zoals een levend mens voor een mishandeling, en daarom het misdrijf niet tot uitvoering kan komen wanneer een dergelijk object ontbreekt, dat in dat geval ook niet kan worden begonnen met de uitvoering van dat feit.<sup>4</sup> Ten aanzien van ondeugdelijke middelen stelt de regering eveneens dat het criterium van begin van uitvoering leidend is:

"[i]s het aangewende middel van dien aard dat daardoor in geen geval het misdrijf tot uitvoering kan komen, de uitvoering kan daardoor ook niet worden aangevangen."<sup>5</sup>

In reactie op het Kamerverslag wordt één en ander nogmaals zonneklaar tot uitdrukking gebracht:

"Bij *absolute* ondeugdelijkheid ontbreekt "begin van uitvoering".<sup>6</sup>

Tegelijkertijd blijkt uit de wetsgeschiedenis dat de wetgever het vraagstuk van de strafbaarheid van de ondeugdelijke poging aan de rechtspraak heeft willen overlaten.<sup>7</sup> De wetsgeschiedenis hoeft daarom niet als dwingend te worden beschouwd.<sup>8</sup>

Het scharen van de ondeugdelijke poging onder het begin van uitvoering komt ons voor als niet de meest gelukkige keuze. Het criterium van het begin van uitvoering is niet een erg voor de hand liggende kandidaat om de absoluut ondeugdelijke poging een plaats te geven.<sup>9</sup> Het probleem is immers niet zozeer dat het voornemen tot het plegen van een misdrijf

3 J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 396.

4 H.J. Smidt/J.W. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Derde deel*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 422-423.

5 Smidt/Smidt 1891, p. 423.

6 Smidt/Smidt 1891, p. 427 (cursivering in origineel).

7 Smidt/Smidt 1891, p. 422-423, p. 428-429.

8 Zie in die zin ook D. Simons/W.P.J. Pompe, *Leerboek van het Nederlandse strafrecht. Eerste deel: algemene leerstukken*, Groningen: P. Noordhoff 1937, p. 175-177.

9 Zie ook Simons/Pompe 1937, p. 176-177, met verdere verwijzingen.



zich niet heeft geopenbaard en de verdachte dus niet aan de uitvoering is begonnen, maar veeleer dat de uitvoeringshandelingen die hij wel degelijk heeft gepleegd niet tot voltooiing van het misdrijf kunnen leiden. Dat geldt nog sterker wanneer het begin van uitvoering wordt vastgesteld aan de hand van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. De Hullu wijst er in het hierboven weergegeven citaat op dat de vaststelling dat de gedraging naar haar uiterlijke verschijningsvorm gericht was op voltooiing van het misdrijf, niet snel zal worden aangetast door ondeugdelijkheid van de poging. Juist om die reden is het criterium onzes inziens weinig geschikt om het vereiste van deugdelijkheid van de poging te omvatten. De uiterlijke verschijningsvorm heeft betrekking op de gedraging, en die kan naar uiterlijke verschijningsvorm zeer wel gericht zijn op voltooiing van het misdrijf terwijl die gedraging betrekking heeft op een absoluut ondeugdelijk object. In het geval van een absoluut ondeugdelijk middel ligt dat overigens genuanceerder, omdat een dergelijk middel eenvoudiger in het verlengde van de gedraging kan worden geplaatst. In bovenstaande casus kan er weinig twijfel bestaan over de vraag of de bewezenverklaarde gedragingen van verdachte (onder meer de baby's in een afgesloten metalen verpakking doen) gericht zijn op voltooiing van het misdrijf. Niettemin is het zeer de vraag of dit misdrijf ooit tot voltooiing had kunnen komen.

De Duitse wetgever heeft de absolute ondeugdelijkheid niet ondergebracht in de algemene voorwaarden voor de poging in § 22 StGB,<sup>10</sup> maar apart geregeld in § 23 Abs. 3 StGB:

“Hat der Täter aus grobem Unverstand verkannt, daß der Versuch nach der Art des Gegenstandes, an dem, oder des Mittels, mit dem die Tat begangen werden sollte, überhaupt nicht zur Vollendung führen konnte, so kann das Gericht von Strafe absehen oder die Strafe nach seinem Ermessen mildern.”

Daargelaten dat het Duitse strafrecht bij absoluut ondeugdelijke pogingen slechts strafvermindering mogelijk maakt, en het Nederlandse recht voor straffeloosheid opteert, zou de Nederlandse wetgever er natuurlijk toe kunnen overgaan in artikel 45 Sr een vergelijkbare bepaling op te nemen die inhoudt dat absoluut ondeugdelijke pogingen niet strafbaar zijn. Zolang een dergelijke bepaling er niet is, kan de rechtspraak naar onze mening een grondslag vinden in de huidige wettekst. De absolute ondeugdelijkheid zou namelijk ook aan de orde kunnen komen in het vereiste dat een poging slechts tot strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt wanneer het om een misdrijf gaat. Dat vereiste sluit dan van de reikwijdte van de strafbare poging niet alleen de gedragingen uit die een poging tot een overtreding opleveren, maar ook die gedragingen die vanwege de absolute ondeugdelijkheid van object of middel nooit tot een misdrijf kunnen leiden. Het vereiste dat het bij een poging moet gaan om een misdrijf is, anders dan beide andere pogingsvereisten, vrij van subjectieve invloed. Dat vereiste is daarom wel geschikt om gebruikt te kunnen worden bij een beoordeling van de vraag of de voltooiing van het misdrijf überhaupt mogelijk is. Rechtsoverweging 3.2 van het hier besproken arrest is dankzij haar ambiguïteit overigens niet zonder meer onverenigbaar met de door ons voorgestelde interpretatie (al komt de lezing van Ten Voorde ook ons waarschijnlijker voor): dat de verdachte moet hebben gehandeld ‘ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf’ kan in theorie ook worden betrokken op het misdrijfvereiste (in plaats van op het begin van uitvoering). Ook in die interpretatie ligt de onenigheid tussen hof en Hoge Raad uitsluitend in de bewijsstandaard die moet worden gehanteerd bij de toepassing van het misdrijfvereiste. Het Hof

10 ‘Eine Straftat versucht, wer nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt’.

Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat ‘niet met voldoende mate van zekerheid’ kon worden vastgesteld dat de baby’s hebben geleefd. Het enkele bestaan van onzekerheid is voor de Hoge Raad echter niet voldoende om te komen tot straffeloosheid: pas indien de rechter ‘aannemelijk acht’ dat de baby’s *niet* hebben geleefd, kan niet langer worden gezegd dat de gedragingen zijn begaan “ter uitvoering van het door de verdachte voorgenomen misdrijf”.

## 2.2 *Intredende ondeugdelijkheid en ‘begin van uitvoering’*

Het tweede hier te bespreken arrest heeft eveneens betrekking op de vraag of een poging absoluut ondeugdelijk was, welke vraag eveneens deel uitmaakt van de toets aan het begin van uitvoering (HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2017:579, hierboven onder 45.2). Het tweede middel heeft betrekking op interessante feiten. De tenlastegelegde poging tot verleiding van een minderjarige (artikel 248a Sr) is aanvankelijk betrokken op een meisje van tien, ergo een minderjarig persoon, maar latere uitingen van de verdachte zijn – zonder dat de verdachte dit weet, aangezien het contact plaatsvond over het internet – gericht tegen de meerderjarige vader van het slachtoffer. Is hier nu sprake van een strafbare poging tot verleiding? Algemeen wordt aangenomen dat in het bestanddeel dat de verdachte van zijn slachtoffer ‘weet of redelijkerwijze moet vermoeden dat deze de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt’ het vereiste ligt besloten dat het slachtoffer ook daadwerkelijk minderjarig is.<sup>11</sup> Opsporing met behulp van een zogenoemde ‘lokpuber’ lijkt daarom onder de huidige wetgeving weinig zin te hebben. In de onderhavige casus heeft de verdachte zich via een website in eerste instantie wel degelijk tot een tienjarig meisje gericht met de vraag ‘[m]ag ik je wat vragen, heb je wel eens een piemel gezien, en zou je daar wel eens aan willen zitten’ (r.o. 2.2.2). Het meisje schakelt hierop haar ouders in, waarna haar vader zich voordoet als de tienjarige en aldus verdergaande uitlatingen aan de verdachte ontkomt, waaronder het verzoek een seksueel getinte foto te versturen tegen betaling van € 100.

A-G Aben stelt vast dat de gedragingen nimmer tot een voltooid delict zouden hebben kunnen leiden: de vader van het meisje kan niet strafbaar worden uitgelokt tot ontuchtige handelingen. Maakt dit onderhavige poging tot een absoluut ondeugdelijke? Het slachtoffer ontbeert de vereiste kwaliteit van minderjarige, hetgeen door Aben wordt gezien als een *Mangel am Tatbestand*. Onder verwijzing naar Noyon/Langemeijer/Remmeling (A.J. Machielse, aant. 2.6.3 bij artikel 45 Sr) omschrijft hij de *Mangel am Tatbestand* als de onmogelijkheid om ook maar aan het delict te beginnen omdat de delictsinhoud niet kan worden vervuld. Daarvan is in casu uiteraard geen sprake: vervulling van de delictsinhoud is onmogelijk geworden. In de woorden van Aben: ‘[g]edurende de uitvoering van het delict is (...) het object ondeugdelijk geraakt’ (Conclusie A-G Aben, punt 28). Omdat de uiterlijke verschijningsvorm hierdoor niet is aangetast, concludeert Aben tot instandhouding van de veroordeling wegens een poging tot verleiding.

De Hoge Raad bevestigt ten eerste dat de in artikel 248a Sr genoemde leeftijd de daadwerkelijke leeftijd betreft van degene die wordt bewogen tot het verrichten of dulden van ontuchtige handelingen. Daaruit lijkt impliciet te volgen dat een poging gericht aan een meerderjarige moet worden gezien als een absoluut ondeugdelijke poging, waardoor deze niet strafbaar is. In de bewezenverklaring had het hof zowel de uitingen gericht aan het tienjarige meisje als de uitingen gericht aan haar vader opgenomen, waarbij die laatsten waren opgenomen als waren ze gericht aan het meisje (‘aan haar heeft gevraagd wat foto’s van haar te maken’). Deze bewezenverklaring van het hof geeft geen blijk van een onjuiste

<sup>11</sup> Zie bijv. de Memorie van Toelichting bij de Wet Computercriminaliteit III, die mede om die reden de strafbaarheid van artikel 248a en 248e Sr wijzigt in die zin dat de gedragingen moeten worden gepleegd jegens ‘een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt of iemand die zich voordoet als een persoon die de leeftijd van achttien jaren nog niet heeft bereikt’, *Kamerstukken II* 2015/16, 34372, 3, p. 67-72.



opvatting en is toereikend gemotiveerd. De Hoge Raad baseert zich voor dat oordeel op drie in feitelijke instantie vastgestelde omstandigheden: 1) de verdachte heeft een bericht gestuurd aan een tienjarige met de vraag of ze wel eens een piemel had gezien en of ze daar wel eens aan zou willen zitten; 2) hij heeft later diezelfde dag berichten verstuurd met de vraag of zij foto's wilde maken van zichzelf, waarvoor zij later € 100 zou krijgen; en 3) die berichten waren gericht tegen de vader van het meisje, die zich uitgaf voor zijn dochter. Dit levert een strafbare poging op, aldus de Hoge Raad, 'mede in aanmerking genomen het korte tijdsverloop en het nauwe verband tussen het bericht van de verdachte op de webpagina Hyves aan de tienjarige [betrokkene 1] en het vervolgens door hem gevoerde chatgesprek via het MSN-account van [betrokkene 1] met haar vader onder haar naam' (r.o. 2.4.2). Kennelijk kunnen in omstandigheden als de onderhavige (nauw verband en kort tijdsverloop) ook de gedragingen die in werkelijkheid bleken te zijn gericht tot een meerderjarige, deel uitmaken van een strafbare poging tot verleiding van een minderjarige.

In dit arrest wordt de deugdelijkheid van de poging eveneens gethematiseerd bij de voorwaarde van het begin van uitvoering, meer specifiek de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging. Opnieuw menen wij dat dit ongelukkig is. Aben verwijst ter ondersteuning van zijn standpunt naar de eerder genoemde passage van De Hullu (concl. A-G Aben, punt 28), in die zin dat de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging niet is aangetast door de ondeugdelijkheid van het object. Wij zien echter niet in hoe het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm kan worden gebruikt om onderscheid te maken tussen de situatie van een 'lokpuber' en het onderhavige geval. Datzelfde geldt voor de volgende verwijzing van Aben, naar aantekening 4 bij artikel 177 in Noyon/Langemeijer/Remmelink, waar wordt betoogd dat op grond van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm ook omkoping van iemand die ten onrechte voor een ambtenaar wordt aangezien als strafbare poging kan worden gekwalificeerd. Op basis van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging kunnen zowel uitingen gericht tot een minderjarige als tot een meerderjarige worden gezien als een begin van uitvoering. Het probleem is evenwel dat wanneer van meet af aan sprake blijkt te zijn geweest van een meerderjarige, de uitvoering nooit tot een voltooid misdrijf had kunnen leiden. De conclusie en het arrest komen desondanks tot een voor ons overtuigende oplossing, in die zin dat de poging niet absoluut ondeugdelijk wordt geacht aangezien vervulling van de delictsomschrijving aanvankelijk wel mogelijk is geweest.

### 2.3 *Ondeugdelijkheid en voornemen (aanmerkelijke kans)*

Ook in het arrest HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2763 (hierboven onder 45.3) staat de deugdelijkheid van de poging centraal, maar ditmaal wordt deze besproken als onderdeel van het vereiste (voorwaardelijk) opzet. Net als in het vorige arrest werd de poging niet absoluut ondeugdelijk geacht. De feitelijke aanleiding voor de zaak was een merkwaardige: het begint met een gevecht tussen de honden van verdachte en slachtoffer. Terwijl beiden doende zijn de honden uit elkaar te halen, spuit de verdachte het slachtoffer met pepperspray in het gezicht, en steekt hem vervolgens met een mes in de buikstreek. Het slachtoffer blijkt echter een steekwerend vest te dragen. Het mes steekt daar wel doorheen, alsmede door de polo van de verdachte, maar het letsel blijft beperkt tot een niet-levensbedreigende wond. Het middel klaagt over de bewezenverklaring van voorwaardelijk opzet op de dood van het slachtoffer, aangezien – aldus het middel – in casu de kans op het intreden van de dood in feite niet aanmerkelijk is geweest. In dit geval wordt de deugdelijkheid van de poging dus verwerkt in het voor de poging vereiste voornemen. Wanneer dit voornemen bestaat uit voorwaardelijk opzet, is immers vereist dat de gedraging van de verdachte een aanmerkelijke kans in het leven heeft geroepen op het intreden van het gevolg. Hier zien we een situatie spiegelbeeldig aan de voorgaande: een subjectief bestand-

deel (opzet) wordt ingevuld mede aan de hand van een objectief gegeven (de aanmerkelijke kans). In het geval van een ondeugdelijke poging zal geen sprake zijn van een aanmerkelijke kans en zal derhalve het bewijs van de poging (ook) stranden op het voornemen. Dit leidt er onder omstandigheden toe, aldus A-G Vellinga in punt 16 van zijn conclusie, dat een relatief ondeugdelijke poging, hoewel in beginsel strafbaar, niet kan worden bestraft indien het vereiste voornemen bestaat uit voorwaardelijk opzet. Indien de steller van het middel immers wordt gevolgd in het standpunt dat de gedraging van de verdachte geen aanmerkelijke kans op het intreden van de dood in het leven roept, is er geen sprake van een strafbare poging. Voor het onderhavige geval acht Vellinga die uitkomst onbevredigend, aangezien 'de verdachte zich [heeft] gemanifesteerd als iemand die bereid is de aanmerkelijke kans te aanvaarden dat een ander door zijn wijze van handelen om het leven komt' (punt 21). Omdat bovendien een steekwerend vest geenszins tegen alle messteken beschermt, komt Vellinga tot de conclusie dat het middel faalt (punt 22-23).

De Hoge Raad houdt het bij een objectieve benadering, maar komt tot dezelfde conclusie. Met de vaststelling dat de verdachte met een mes met kracht in de buik van het slachtoffer heeft gestoken, wat een aanmerkelijke kans op de dood oplevert die door de verdachte is aanvaard, is het voorwaardelijk opzet toereikend vastgesteld. Het dragen van een steekwerend vest is volgens de Hoge Raad, 'gelet op het toekomstgerichte karakter van een poging – (...) niet onverenigbaar met de voor een poging toereikende vaststelling dat het met kracht steken van een mes in de buikstreek normaal gesproken een aanmerkelijke kans op de dood doet ontstaan' (r.o. 2.3). De Hoge Raad lijkt derhalve voor het aannemen van de aanmerkelijke kans in de context van het pogingsvoornemen meer dan in de door de A-G aangehaalde gevallen (zie punt 14-18 van de conclusie) te abstraheren van de omstandigheden van het geval, met een beroep op het gegeven dat het voornemen zich kenmerkt door een toekomstgerichtheid.

Ook wanneer de (on)deugdelijkheid onder het *voornemen* wordt geschaard, leidt dit onzes inziens tot moeizame redeneringen. Dit geldt in meer algemene zin voor de sterk geobjectiveerde en geconcretiseerde plaats van de aanmerkelijke kans in het voorwaardelijk opzet, zeker in gevallen waarin de wil wel degelijk zuiver gericht was op het in het leven roepen van het gevolg. Wanneer de gedraging blijkens haar uiterlijke verschijningsvorm gericht is op het in het leven roepen van het gevolg, dan kan wat ons betreft ten aanzien van het weten in beginsel worden volstaan met het gegeven dat deze gedraging normaal gesproken – in de gegeven omstandigheden voor zover die bekend waren bij de verdachte – geschikt is om dat gevolg in het leven te roepen en de vaststelling dat deze wetenschap ook bij de verdachte aanwezig was (een en ander conform de standaardjurisprudentie behoudens contra-indicaties). Onvoorziene omstandigheden, zoals in casu het steekwerend vest, hoeven dan aan het bewijs van het opzet, en daarmee ook het voornemen, niet in de weg staan. Doordat de uiterlijke verschijningsvorm in de jurisprudentie van de Hoge Raad gebruikt wordt om *voorwaardelijk opzet* vast te stellen, in plaats van vol opzet, kunnen de concrete omstandigheden van het geval hindernissen opwerpen voor het vaststellen van het opzet die – kennelijk – als onterecht worden ervaren. Problemen met het voornemen en het begin van uitvoering doen zich naar onze mening in deze casus niet voor. Bij de vraag of er daadwerkelijk sprake is van een poging tot *misdrif* zou kunnen worden meegewogen dat voltooiing van het misdrijf – ook in de gegeven omstandigheden – geenszins ondenkbaar was. De Hoge Raad wijst er immers op dat de steek dermate krachtig is geweest dat door het steekwerend vest heen is gestoken. Ook de vaststelling van de A-G dat diverse vitale lichaamsdelen van het slachtoffer onbeschermd waren, lijkt ons in dat kader relevant.

Een ander geval waarin de beoordeling van de aanmerkelijke kans een belangrijke rol speelde, betrof de zaak die leidde tot HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2075 (hierboven

onder 45.4). De verdachte bestuurt een auto die wordt achtervolgd door twee politieauto's, waarbij de auto's met hoge snelheid over de snelweg rijden. Op een gegeven moment rijdt de ene politieauto voor de auto van de verdachte en de andere aan de rechterzijde naast de auto van de verdachte. De verdachte stuurt op dat moment naar rechts. De bestuurder van de politieauto, die met 130 km/u naast de verdachte rijdt, moet dan krachtig remmen om een aanrijding te voorkomen. De auto wordt net niet geraakt. Daarna rijdt die politieauto weer naar voren en rijdt met 97 km/u schuin rechts achter de auto van de verdachte. Op dat moment stuurt de verdachte voor een tweede maal naar rechts, waarbij hij tegen de linker voorkant van de politieauto aan gaat rijden. De bestuurder van die auto stuurt scherp naar links om niet van de weg afgereden te worden. De verdachte rijdt met zijn auto voorlangs de politieauto, terwijl beide auto's met elkaar in contact blijven, en komt voor de politieauto terecht. De politieauto belandt in de berm, waarop de bestuurder vol moet remmen om het voertuig tot stilstand te brengen. De verdachte wordt vervolgd voor poging tot doodslag op de agenten in de politieauto, omdat hij tot tweemaal toe onder de geschetste omstandigheden naar rechts heeft gestuurd.

Het cassatiemiddel keert zich tegen de veroordeling door het hof voor een poging tot doodslag. A-G Bleichrodt wijst in zijn conclusie op de overeenkomsten met de zaak die leidde tot ECLI:NL:HR:2015:132.<sup>12</sup> In beide zaken is volgens de A-G sprake van een kennelijke poging van de verdachte om de politieauto van de weg af te drukken om aan de achtervolging te ontkomen. Het bewustzijnsaspect staat in beide zaken niet voorop, terwijl ook het aanvaarden weinig problemen lijkt te geven. De belangrijkste vragen spelen bij het vaststellen of er een aanmerkelijke kans op de dood van de agenten bestond. Het komt daarbij aan op de omstandigheden van het geval. De A-G ziet nog wel een verschil tussen de twee zaken, omdat de stuurbewegingen die de verdachte in de oudere zaak uitvoerde niet tot een botsing leidden, en die in de nieuwe zaak wel. Desalniettemin moet de bewijsvoering van de aanmerkelijke kans op een dodelijke afloop goed worden gemotiveerd. Het raken van de achtervolgende auto met de achterzijde van een andere auto kan volgens de A-G niet op één lijn worden gesteld met het frontaal botsen op een andere auto. Het middel zou daarom moeten falen. De Hoge Raad sluit zich in zijn summier gemotiveerde arrest bij die opvatting aan: hij oordeelt dat het in de bewezenverklaring omschreven opzet niet kan worden afgeleid uit de bewijsvoering, omdat het hof onvoldoende heeft onderbouwd waarom de stuurbewegingen van de verdachte en het door hem aanrijden van de achtervolgende politieauto, waarschijnlijk zouden leiden tot een ongeval met dodelijke afloop.

Ook ten aanzien van een dergelijke uitkomst kan men zich afvragen in hoeverre die wordt bepaald door het cassatiemiddel. In hoger beroep is blijkens de conclusie van de A-G niet alleen het bestaan van een aanmerkelijke kans op een dodelijk ongeval bestreden, maar ook het bewustzijn van de verdachte van die aanmerkelijke kans (namelijk omdat de politieauto schuin achter hem reed) en het aanvaarden van die kans, waarbij gebruikgemaakt wordt van een *Porsche*-redenering. Wellicht voert het wat ver, maar eventueel kan men zelfs de vraag opwerpen of het sturen in de richting van een andere auto wel een begin van uitvoering oplevert van doodslag, terwijl het misschien wel een begin van uitvoering van zware mishandeling zou kunnen zijn. Het op hoge snelheid op de snelweg naar rechts sturen, terwijl daar een andere auto rijdt, hoeft immers naar zijn uiterlijke verschijningsvorm niet per se gericht te zijn op de voltooiing van het delict doodslag. Dat kan ook zware mishandeling zijn, of overtreding van artikel 6 WVV. Dit laat zien in hoeverre het beoordelen van een dergelijke zaak vraagt om een totaaloordeel. Juist bij een handeling die een toekomstgericht karakter heeft, en waarbij voor de juridische beoordeling daarvan sterk de nadruk ligt

12 HR 27 januari 2015, ECLI:NL:HR:2015:132, NJ 2015/346, m.nt. B.F. Keulen.

op de subjectieve zijde van het delict (het voornemen), kan het moeilijk zijn om precies te bepalen welke aspecten van de zaak bij welke onderdelen van de materieelrechtelijke kwalificatie thuishoren. Het beoordelen van de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg en het beoordelen van de gerichtheid van de gedraging liggen dan dicht bij elkaar. Daarom zijn grensgeschillen goed denkbaar tussen het vrij objectieve begin van uitvoering aan de ene kant, en aan de andere de aanmerkelijke kans als meest objectieve onderdeel van het voorwaardelijk opzet. Dat een verweer zoals dat in de onderhavige zaak gevoerd werd leidt tot een oordeel over de vaststelling van de aanmerkelijke kans is misschien tekenend voor de vergevorderde ontwikkeling van het opzet ten opzichte van de poging. Blijkbaar leent het voorwaardelijk opzet zich goed voor het opvangen van allerlei problemen, ook van meer objectieve aard. Voorstanders van een objectievere pogingsleer zullen daarentegen geneigd zijn in sommige gevallen hun toevlucht te zoeken tot een oplossing in de interpretatie van het begin van uitvoering. Als men evenwel weinig bezwaren heeft tegen een subjectievere lijn in de poging, kan men altijd bij de aanmerkelijke kans terecht.

## 2.4 *Ondeugdelijkheid als zodanig*

Tot slot – voor zover het de ondeugdelijke poging betreft – wees de Hoge Raad een arrest waarin de ondeugdelijkheid niet expliciet onder één van de standaardvoorwaarden voor een poging wordt geschaard. In HR 6 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2776 (hierboven onder 45.5) liet de Hoge Raad zich uit over een geval van poging tot afpersing in vereniging. De zaak draaide in cassatie om de vraag of een poging tot afpersing wel mogelijk is als het slachtoffer het goed dat hij zou moeten afgeven, niet of nog niet in zijn bezit heeft. Het slachtoffer is voormalig groothandelaar in chemicaliën, en werd (vermoedelijk juist daarom) afgeperst om grondstoffen te leveren die gebruikt kunnen worden voor het vervaardigen van verdoovende middelen. Het slachtoffer had echter op het moment van de afpersing deze goederen niet in eigendom, noch had hij de beschikkingsmacht over dergelijke goederen, en dus wordt in cassatie geklaagd dat het hof niet bewezen had kunnen verklaren dat is gepoogd het slachtoffer ‘te dwingen tot afgifte’ zoals bedoeld in artikel 317 Sr (zie punt 7 van de conclusie). A-G Vegter merkt in zijn conclusie ten eerste op dat afgifte weliswaar een bestanddeel is van een voltooide afpersing, maar dat de poging zich juist kenmerkt door het feit dat de afgifte niet heeft plaatsgevonden. Dat het slachtoffer niet over de goederen beschikte, ziet hij met name als een ‘praktisch’ probleem voor de afperser, maar niet als een probleem voor kwalificatie van het bewezenverklarde als een strafbare poging (punt 8-9). De Hoge Raad maakt korte metten met het middel:

“De klacht berust kennelijk op de opvatting dat geen sprake kan zijn van een poging tot het dwingen tot afgifte van enig goed als bedoeld in art. 317 Sr, indien het goed op het moment van de uitvoeringshandeling van de poging (nog) niet tot het vermogen van het slachtoffer behoort en deze daarover (nog) geen beschikkingsmacht heeft. Deze opvatting is echter in haar algemeenheid onjuist” (r.o. 2.3).

In deze overweging wordt het probleem van de deugdelijkheid van de poging noch expliciet aan het begin van uitvoering, noch expliciet aan het voornemen gekoppeld. Het arrest kan dus in potentie zo worden gelezen dat de Hoge Raad de deugdelijkheid van de poging koppelt aan het misdrijfvereiste. In dit geval kan daarbij uit het tweemaal benadrukken dat er ‘(nog)’ geen sprake is van vermogen of beschikkingsmacht worden afgeleid dat de Hoge Raad de poging in casu slechts relatief ondeugdelijk acht, en dus strafbaar: de operatie is immers niet van meet af aan kansloos geweest, maar is slechts niet geslaagd omdat het slachtoffer zich tot de politie gewend heeft. Of de Hoge Raad daarvoor, net als A-G Vegter,

relevant acht dat het slachtoffer waarschijnlijk mede is benaderd omdat hij 'op zijn minst enige kennis en ervaring heeft om het betreffende goed te verwerven' (punt 8 van de conclusie) is speculatie, maar geenszins ondenkbaar.

Op basis van de hier besproken arresten willen we de suggestie opwerpen dat de strafbaarheid van de poging beter voorspelbaar is indien de absolute ondeugdelijkheid van de poging niet onderdeel wordt gemaakt van het begin van uitvoering of het voornemen. Beide criteria zijn naar hun aard en/of hun huidige uitleg niet geschikt voor de beoordeling van een objectief vereiste. De vraag die de rechter zou moeten beantwoorden is of vervulling van de delictsinhoud van het gepoogde misdrijf reeds bij aanvang van de gedraging zonder meer onmogelijk is geweest. Deze vraag zou moeten worden beantwoord los van de uiterlijke verschijningsvorm van de gedraging of het voornemen van de verdachte. Hoewel de huidige pogingsleer deze vraag niet expliciet aan de orde brengt, zou zij kunnen worden ingelezen in het misdrijfvereiste. Dit zou in de door ons besproken gevallen niet tot andere uitkomsten hebben geleid, maar die uitkomsten wellicht wel beter voorspelbaar en eenvoudiger motiveerbaar hebben gemaakt.

### 3. Poging en deelneming

#### 3.1 *Medeplegen van een poging*

Het arrest HR 24 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:60 (hierboven onder 45.6) betrof een geval waarin de verdachte aanwijzingen gaf aan zijn medeverdachte, die met zijn auto trachtte in botsing te komen met een politieauto met daarin twee agenten. Deels ging het om een poging tot een frontale botsing waarbij de medeverdachte met aanzienlijke snelheid op de weghelft van de politieauto deze auto tegemoet reed. De bestuurder van die auto kon een botsing slechts voorkomen door de berm in te rijden. De telefonische communicatie tussen verdachte en zijn medeverdachte is onderschept. Het hof kon daardoor beschikken over uitlatingen die rechtstreeks afkomstig zijn van de verdachte, waaronder de instructie 'knal die scotoe keihard'. De verdachte verklaarde daarover later dat hij daarmee bedoelde dat zijn medeverdachte 'de politie keihard moest aanrijden'. In hoger beroep is onder verwijzing naar het Porsche-arrest door de verdediging gesteld dat de medeverdachte zijn eigen dood niet op de koop toe kan hebben genomen, en daarom een botsing nooit kan hebben aanvaard. Het hof behandelt dat verweer niet inhoudelijk, omdat de casus feitelijk sterk verschilt van de casus van het Porsche-arrest, en er geen nadere onderbouwing aan het verweer zou zijn gegeven. In cassatie wordt over hetzelfde punt geklaagd: het zou uiterst onwaarschijnlijk zijn dat de medeverdachte welbewust de aanmerkelijke kans op zijn eigen dood zou hebben aanvaard door frontaal met hoge snelheid in botsing te komen met de politieauto. De A-G wijst erop dat uit de onderlinge communicatie kan worden afgeleid dat de medeverdachte de frontale botsing zou hebben aanvaard (Concl. A-G. 7-8). De Hoge Raad verwerpt het verweer, maar bespreekt het aanvaarden door de medeverdachte en het aanvaarden door de verdachte in één moeite door. Hij oordeelt dat het arrest van het hof geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting en toereikend is gemotiveerd, omdat het hof in zijn bewijsvoering onder meer heeft gelet op de verklaringen van de verdachte, die bedoelde dat de medeverdachte de politieauto moest aanrijden, en tegen die achtergrond heeft geoordeeld dat het gedrag van de medeverdachte 'naar de uiterlijke verschijningsvorm zozeer is gericht op de dood van de inzittenden van de politieauto dat de verdachte in de samenwerking met de mededader de aanmerkelijke kans op het intreden van het gevolg van die handeling heeft aanvaard'. Het opzet wordt hier door de Hoge Raad duidelijk in de deelnemingscontext gebracht: de verdachte heeft in de samenwerking met zijn mededader aanvaard dat de dood van de inzittenden van de politieauto het gevolg zou zijn van het



inrijden op die auto. De invulling van dat aanvaarden gebeurt volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad door toepassing van het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm, gericht op het gevolg van het handelen. Het is geen nieuwe constatering dat dat veel lijkt op de invulling van het begin van uitvoering: de uiterlijke verschijningsvorm gericht op de voltooiing van het misdrijf. Wellicht is het criterium van de uiterlijke verschijningsvorm, door de Hoge Raad in het Cito-arrest aangenomen, verzeild geraakt in het opzet door eerdere rechtspraak in gevallen die soortgelijk zijn als het geval in het onderhavige arrest.<sup>13</sup> Dat zijn ook gevallen waarin het voorwaardelijk opzet wordt aangenomen vanuit het toekomstgerichte handelen van de verdachte. Daardoor ontstaat een vrijwel niet te vermijden overlap tussen het begin van uitvoering aan de ene kant en aan de andere kant het voornemen-opzetcomplex. Dat kan deels een verklaring bieden voor de moeite die feitenrechters hebben om in pogingszaken het begin van uitvoering en het voornemen uit elkaar te houden. Die complexiteit wordt nog versterkt wanneer er, zoals in dit arrest, sprake is van deelneming aan strafbare feiten. De subjectieve zijde van het delict is dan juridisch gezien verspreid over de poging, de deelneming en het subjectieve bestanddeel uit het delict in kwestie.

### 3.2 *Poging tot uitlokking en vrijwillige terugtred*

De zaak die uitmondde in ECLI:NL:HR:2017:421 (hierboven onder 45.7) betrof een geval waarin de verdachte een ander inhuurde om een moord te plegen op een van zijn concurrenten in de escortwereld. Daartoe werden enkele gesprekken gevoerd tussen de verdachte en de beoogde uitvoerder. In hoger beroep verweerde de verdachte zich tegen de tenlastegelegde poging tot uitlokking van moord (artikel 46a Sr) onder andere met een beroep op vrijwillige terugtred, omdat in het derde gesprek dat werd gevoerd de plannen zouden zijn afgeblazen, en hij nadien geen nieuwe stappen meer zou hebben gezet. Het hof verwerpt dat beroep op vrijwillige terugtred, omdat er uit de bewijsmiddelen 'geen misverstand kan bestaan over de intenties van de verdachte'. Hij zou volgens het hof in de gesprekken alles hebben gedaan wat van zijn kant nodig was om de moord te laten plegen. Daarom was, volgens het hof, 'uiterlijk na dat (tweede) gesprek het ten laste gelegde feit voltooid. Bij die stand van zaken is vrijwillige terugtred niet meer mogelijk'. Tegen deze overweging van het hof wordt in cassatie opgekomen. De Hoge Raad geeft de steller van het middel daarin gelijk: vrijwillige terugtred is nog steeds mogelijk wanneer de verdachte zijn poging voltooid heeft, en het zijne heeft gedaan, maar het delict zelf nog niet is voltooid. Dat is hier ook het geval. Het hof heeft de door de verdachte begane poging tot uitlokking aangemerkt als voltooid delict waarvan geen terugtred meer mogelijk is. Volgens de Hoge Raad is dat ten onrechte: een poging tot uitlokking is op dezelfde manier een poging waarvan kan worden teruggetreden, ook nadat de poging voltooid is, als een 'reguliere' poging als bedoeld in artikel 45 Sr. Het hof heeft daar wellicht een verschil in gezocht. De Hoge Raad bevestigt zijn vaste rechtspraak dat een vrijwillige terugtred van een voltooide poging alleen mogelijk is in geval van een optreden van de verdachte dat naar zijn aard en tijdstip geschikt is om het intreden van het gevolg te beletten.<sup>14</sup> Omdat in deze zaak van een zodanig optreden niet bleek, kon het verweer nooit succesvol zijn en leidt het middel daarom niet tot cassatie. Wat dus uit deze zaak wel duidelijk wordt, naast de bevestiging van de voorwaardelijke mogelijkheid voor een vrijwillige terugtred bij een voltooide poging, is dat voor de poging tot uitlokking geen duidelijke uitzonderingspositie is weggelegd.

<sup>13</sup> Met name HR 6 februari 1951, NJ 1951/475 (*Inrijden op agent*).

<sup>14</sup> Onder verwijzing naar HR 19 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ2169, NJ 2007/29.



#### 4. Slot

Strafzaken waarin een poging tot een misdrijf is tenlastegelegd leiden niet zelden tot complexe vragen. Soms komt dat door opmerkelijke casuïstiek, maar vaak ook door de juridische valkuilen van de pogingsleer. Die worden niet alleen veroorzaakt doordat de kwalificatie verspreid is over de voorwaarden voor de poging en voor het gronddelict, maar ook door de jurisprudentiële invulling van de voorwaarden voor de poging. De uiterlijke verschijningsvorm komt niet alleen terug bij het begin van uitvoering, maar ook bij het aanvaarden als onderdeel van het voorwaardelijk opzet. Wanneer er deelnemingsconstructies worden gebruikt stapelen de moeilijkheden zich nog verder op. In het kader van welk leerstuk bepaalde problemen, met name die in de sfeer van subjectieve vereisten, aan de orde worden gesteld, lijkt in hoge mate bepaald te worden door de verdediging. Lastig is dat daarmee de verschillende algemene leerstukken in de betreffende arresten niet goed meer van elkaar te onderscheiden zijn. Vrijwillige terugtred lijkt nog redelijk eenvoudig toe te passen. De (on)deugdelijkheid van de poging is daarentegen het moeilijkst te plaatsen. Wij stellen voor die kwestie te beschouwen als betrokken op het vereiste dat een poging slechts strafbaar is wanneer het een misdrijf betreft.